



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 74 Oktober 2024

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen eines Gesetzes zur Modernisierung und Digitalisierung der Schwarzarbeitsbekämpfung

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht (Strauda):

RAin Dr. Carolin Arnemann
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Prof. Dr. Björn Gercke (Berichterstatter)
RA Dr. Mayeul Hiéramente
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RAin Theres Kraußlach
RA Prof. Dr. Holger Matt (Vorsitzender und Berichterstatter)
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RAin Dr. Hellen Schilling
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer
RAin Dr. Heike Lörcher-Johnson, Geschäftsführerin, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Finanzen
Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium des Innern und für Heimat
Justizministerien der Länder
Innenministerien der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Der Generalbundesanwalt beim BGH
Bundesgerichtshof
Bundesverband der Freien Berufe

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Deutsche Strafverteidiger e.V.
Neue Richtervereinigung e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Redaktionen der NJW,
Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag,
Strafverteidiger,
Neue Zeitschrift für Strafrecht,
ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht,
Zeitschrift HRR-Strafrecht,
Kriminalpolitische Zeitschrift
FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, Handelsblatt, Tagesspiegel, LTO, Der Spiegel, Focus, Die ZEIT

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme:

I.

Nach verschiedenen Gesetzesänderungen in den vergangenen Jahren, die zu einer enormen Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse sowie einer Übertragung von Aufgaben und Rechten einer Anklagebehörde auf die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) geführt haben, plant der Gesetzgeber nun nach den Vorgaben des Koalitionsvertrags eine weitere „Modernisierung und Digitalisierung der Schwarzarbeitbekämpfung“. Dabei handelt es sich um einen trügerischen Titel, denn tatsächlich sollen nach dem vorliegenden Referentenentwurf Prüfungs-, Ermittlungs- und Ahndungsbefugnisse der FKS noch weiter ausgeweitet werden. Dem Vorblatt des Entwurfs lässt sich entnehmen, dass „der mit dem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11. Juli 2019 eingeschlagene

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte männliche Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

Weg der FKS hin zu einer zentralen Prüfungs- und Ermittlungsbehörde fortentwickelt werden [soll]“. Im Mittelpunkt steht die „Optimierung des risikoorientierten Prüfansatzes“ der FKS, der in Zukunft durch einen automatisierten Datenabgleich verbessert werden soll. Dadurch erhofft sich der Gesetzgeber, dass die Prüfungen in Zukunft mit einem größeren Einsatz von Ressourcen durchgeführt werden, zu deutlich höheren Beanstandungsquoten führen und daraus mehr substanzielle Ermittlungsverfahren resultieren. Der Referentenentwurf setzt dabei auf „sechs Säulen“, die vor allem Änderungen im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, in der Abgabenordnung, im Plattformen-Steuertransparenzgesetzes, im Ersten, Vierten und Sechsten Buch Sozialgesetzbuch sowie im Bundeskriminalamtgesetz vorsehen.

II.

Die Bundesrechtsanwaltskammer lehnt diesen Regelungsvorschlag grundsätzlich ab. Die FKS verfügt bereits über weitreichende Ermittlungsbefugnisse, die ihr insbesondere im Jahr 2019 durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch (BGBl. I, S. 1066) eingeräumt wurden. Die im Referentenentwurf beabsichtigten Änderungen der §§ 14a – 14c SchwarzArbG sehen nun eine nicht mehr nachzuvollziehende Kompetenzerweiterung bei der selbstständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren vor, wobei in erster Linie der geplante Wegfall des vorgelagerten Abgabepflichtes an die Staatsanwaltschaften zu nennen ist. Damit würde die Staatsanwaltschaft als eigentliche Herrin des Ermittlungsverfahrens in diesem Bereich des Strafrechts noch mehr in den Hintergrund treten. Anstatt der FKS genuin staatsanwaltschaftliche Befugnisse zu übertragen, sollte der Gesetzgeber insoweit sein Augenmerk auf die Förderung bzw. den personellen Ausbau der hierzu berufenen Staatsanwaltschaften legen. Besorgniserregend sind aber auch die ausufernden Verschärfungen im materiell-rechtlichen Bereich, wie sie etwa im neuen § 9 SchwarzArbG RefE vorgesehen sind. Es stellt sich die Frage, ob die zahlreichen Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände, die in den letzten Jahren im Bereich des Arbeitsstrafrechts geschaffen wurden, zu einer tatsächlich wirksameren Bekämpfung von Schwarzarbeit und damit dem Schutz des Sozialstaates, der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und einem fairen Wettbewerb beigetragen haben. Die vielfältigen bzw. tatsächlichen Ursachen der Schwarzarbeit werden damit jedenfalls nicht angegangen.

Zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen:

1. Moderne Datenanalyse und Risikomanagement (§§ 24-26 SchwarzArbG, § 31a AO, § 35 SGB I)

Der Referentenentwurf verfolgt das Ziel, eine gesetzliche Grundlage für ein fortentwickeltes Risikomanagement der FKS und insbesondere für eine operative Informations- und Datenanalyse zu schaffen. Dadurch sollen systematisch große Datenmengen der FKS und der Behörden, mit welchen die FKS zusammenarbeitet, im Hinblick auf bestehende Risiken für Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung ausgewertet werden können. Der Datenabgleich soll die FKS in die Lage versetzen, mögliche risikobehaftete Prüfobjekte zu erkennen und den Fokus auf Unternehmensstrukturen zu richten, die von einer branchenüblichen rechtstreuen Geschäftspraxis abweichen. Dabei soll es sich lediglich – so postuliert es die Begründung des Referentenentwurfs – um eine verfassungsrechtlich zulässige Informationsverdichtung zur Unterstützung bei der Prüfungsvorbereitung handeln. Ein effektives Risikomanagement sollte dazu führen, dass die FKS zielgerichtet nur dort prüfen müsse, wo es geboten erscheint.

In einem neuen Abschnitt 7 mit dem Titel „Zentralstelle und Risikomanagement“ benennt zunächst § 24 SchwarzArbG RefE die Generalzolldirektion als Zentralstelle der Behörden der Zollverwaltung für die Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung und legt im Einzelnen ihre Befugnisse und Unterstützungsaufgaben zwecks einer funktionalen Neuausrichtung fest. Die Zentralstelle soll die

Hauptzollämter insbesondere gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 4 SchwarzArbG RefE durch ein zentrales Risikomanagement nach § 25 SchwarzArbG RefE unterstützen, wozu im Wesentlichen eine Branchenbeobachtung und eine operative Informations- und Datenanalyse zählen sollen. Unter „Branchenbeobachtung“ versteht der Referentenentwurf eine (abstrakte) Aggregation, Gewichtung und Bewertung der Risiken von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung in einzelnen Branchen bzw. Wirtschaftszweigklassifikationen. Im operativen Informations- und Datenanalysesystem sollen dagegen personenbezogene Daten verarbeitet werden, um konkrete Prüfobjekte zu identifizieren. Die Einzelheiten hierzu sollen in § 26 SchwarzArbG RefE geregelt werden (vgl. im Einzelnen S. 100 ff. RefE). Aufgrund der geplanten Neuerungen in §§ 24 ff. SchwarzArbG RefE wären zudem Anpassungen in § 31a AO und § 35 SGB I notwendig.

Die beabsichtigte Einfügung der §§ 24 ff. SchwarzArbG RefE stößt auf grundlegende Bedenken, da die FKS bereits über einen umfangreichen Datenzugriff verfügt. Auf der Grundlage von § 16 SchwarzArbG wurde ein zentrales Informationssystem für die FKS eingerichtet, in dem die zur ihrer Aufgabenerfüllung erhobenen und übermittelten Daten automatisiert verarbeitet werden dürfen. Das betrifft vor allem Daten, welche die FKS benötigt, um ihre Prüfungen nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG vorzubereiten bzw. durchzuführen und mit dem Prüfungsgegenstand zusammenhängende Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu verhüten bzw. zu verfolgen. Außerdem verfügen die Behörden der Zollverwaltung seit dem 01.07.2021 über eine Zugriffsbefugnis auf das zentrale staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister (§§ 492 ff. StPO), wenn sie selbstständige Ermittlungsverfahren im Sinne der §§ 14a ff. SchwarzArbG durchführen (vgl. BT-Drucks. 19/27654, S. 3, 45, 125). Unabhängig von Strafverfolgungs- oder Gefahrenabwehrzwecken sollen nunmehr auch Daten für ein zentrales Risikomanagement nach den §§ 25 ff. SchwarzArbG RefE gespeichert werden dürfen, wobei aus datenschutzrechtlicher Sicht vor allem der Einsatz eines automationsgestützten operativen Informations- und Datenanalysesystems im Sinne des § 26 SchwarzArbG RefE bedenklich erscheint, welches eine massenhafte Analyse von personenbezogenen Daten aus den Datenbanken der Zusammenarbeitsbehörden und der Zollverwaltung ermöglichen soll.

Der Gesetzgeber muss hier den hohen Anforderungen gerecht werden, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 16.02.2023 an die automatisierte Datenanalyse gestellt hat (1 BvR 1547/19, BVerfGE 165, 363 ff.): Danach kann auf „das Erfordernis einer zumindest hinreichend konkretisierten Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter“ bei Eingriffen in die informationelle Selbstbestimmung nur dann verfassungsrechtlich verzichtet werden, „wenn die zugelassenen Analyse- und Auswertungsmöglichkeiten durch Regelungen insbesondere zur Begrenzung von Art und Umfang der Daten und zur Beschränkung der Datenverarbeitungsmethoden normenklar und hinreichend bestimmt in der Sache so eng begrenzt sind, dass das Eingriffsgewicht der Maßnahmen erheblich gemindert ist“.

Im Referentenentwurf wird dahingehend argumentiert, dass die operative Informations- und Datenanalyse für das Risikomanagement der FKS im Hinblick auf die Eingriffsintensität nicht mit den Datenanalysen der Polizeien gleichgesetzt werden könne, auf die sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezog. Bei der Risikoanalyse der FKS handele es sich nur um eine „vorgelagerte Hinweis- und Informationsverdichtung“ zur Durchführung verdachtsunabhängiger Prüfungen. Jedoch würden „aus der Datenanalyse [...] unmittelbar keine mit den Polizeien vergleichbaren schwerwiegenden Grundrechtseingriffe [folgen]“ (S. 114 RefE).

Mit Blick auf die weitreichenden Prüfungsaufgaben der FKS in § 2 SchwarzArbG, die umfangreichen – mit einer Durchsuchung vergleichbaren – Ermittlungsbefugnisse nach §§ 3, 4 SchwarzArbG und auch die erheblichen Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers gemäß § 5 SchwarzArbG, die mit dem aktuellen Referentenentwurf auch noch weiter verschärft werden sollen (vgl. dazu unter 3.), sind die verdachtsunabhängigen Prüfungen der Zollbehörden hingegen tatsächlich als schwerwiegende

Eingriffe zu betrachten. Dass hier von einer verfassungsrechtlich zulässigen „Informationsverdichtung“ gesprochen wird, wirkt beschönigend und lenkt von der (geplanten) grenzenlosen Datenzugriffsmöglichkeit der FKS ab. Wer die tatsächliche Handhabung der verdachtsunabhängigen Kontrollen in der Praxis kennt, dem sollte bewusst sein, dass bereits der aktuellen Rechtslage eine erhebliche Gefahr der Überdehnung der rechtsstaatlichen Grenzen für Grundrechtseingriffe immanent ist. Eine anlasslose Ausweitung von Datenzugriffsmöglichkeiten dürfte diese Problematik nochmals verschärfen.

Es heißt im Referentenentwurf, dass sich nicht aus jedem an die Hauptzollämter übersandten Hinweis zwingend eine Prüfung durch die zuständige FKS ergebe. Zwar seien die Risikohinweise nach dem neu einzufügenden § 2 Abs. 5 SchwarzArbG RefE bei der Auswahl der zu prüfenden Sachverhalte zu berücksichtigen, aber die Entscheidung über die Durchführung von Prüfungen nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG liege ausschließlich im pflichtgemäßen Ermessen der örtlichen FKS-Dienststelle nach dem „risikoorientierten Ansatz“. Allein aufgrund der Risikohinweise und ohne eine vorherige Prüfung nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG komme es nicht zu einer Einleitung von Ermittlungsverfahren und damit verbundener Ermittlungsmaßnahmen. Damit sollen allein die Risikohinweise aus der vorgelagerten Informations- und Datenanalyse nicht genügen, um einen hinreichenden Anfangsverdacht für das Vorliegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu begründen (vgl. S. 113 f. RefE).

Diese Argumentation lässt befürchten, dass der Referentenentwurf der heute schon in der Praxis häufig zu konstatierenden Überdehnung der Befugnisse des SchwarzArbG weiteren Nährboden bieten würde. Man möchte ausweislich der Begründung die Annahme eines Anfangsverdachts allein aufgrund von Risikohinweisen kategorisch ausschließen („sind allein nicht ausreichend...“ S. 114 RefE). Wirft man einen Blick in den von § 2 Abs. 5 SchwarzArbG RefE in Bezug genommenen § 25 Abs. 2 SchwarzArbG RefE, so spricht dieser allerdings davon, dass aufgrund „objektiver Risikoindikatoren“ Schwarzarbeit oder illegale Beschäftigung „wahrscheinlich“ seien – dann aber dürfte die Schwelle des strafrechtlichen Anfangsverdachts regelmäßig erreicht (und sogar deutlich überschritten) sein. Auch die exemplarisch genannten Beispiele (z.B. Auffälligkeiten und Anomalien im Zusammenhang mit der Beschäftigten- oder der Lohnstruktur) können mit Blick auf die Erfahrungen der Praxis sehr wohl grundsätzlich geeignet sein, einen strafrechtlichen Anfangsverdacht zu begründen. Der Referentenentwurf lässt befürchten, dass man auch konkrete Anhaltspunkte für ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten unter den „Hut“ eines Risikohinweises nach § 25 Abs. 2 SchwarzArbG RefE fassen und dann – so jedenfalls die Entwurfsbegründung – bei der Prüfung eines strafrechtlichen Anfangsverdachts kategorisch ausblenden könnte bzw. eine solche Prüfung im Vorfeld einer verdachtsunabhängigen Kontrolle überhaupt nicht mehr vornehmen möchte. § 2 Abs. 5 S. 5 SchwarzArbG RefE spricht insoweit eine beredte Sprache und soll offenbar sicherstellen, dass es noch „echte“ Kontrollen im ursprünglichen Sinne des § 2 SchwarzArbG geben soll – nämlich tatsächlich verdachtsunabhängige.

Überhaupt nicht adressiert wird im Referentenentwurf die aus der Praxis arbeitsstrafrechtlicher Ermittlungsverfahren geradezu ins Auge springende Problematik der rechtswidrigen Fortführung verdachtsunabhängiger Kontrollen auch bei Bekanntwerden (anfangs-)verdachtsbegründender Tatsachen im Verlauf der Prüfung. In einem solchen Fall ist die Prüfung auf der Grundlage von §§ 2 ff. SchwarzArbG umgehend abubrechen, da andernfalls der Richtervorbehalt für Durchsuchungen, der Grundsatz nemo tenetur und weitere Beschuldigten- und Zeugenrechte der StPO unterlaufen werden. In gleicher Weise gilt das selbstverständlich für von Beginn an tatsächlich verdachtsbasierte Prüfungen. Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass diese fundamentalen Grundsätze unseres rechtsstaatlichen Systems nicht ausgehöhlt werden – sowohl was die rechtlichen Grundlagen (im SchwarzArbG) betrifft, aber auch mit Blick auf deren Einhaltung in der Praxis. Für den Fall, dass Letzteres nicht gelingt – die Praxis zeigt hier bedauerlicherweise ein in der Breite doch erschreckendes Bild – sollte der Gesetzgeber durch entsprechende Verwertungs- und Verwendungsverbote sicherstellen, dass dies für die von der Rechtsverletzung Betroffenen möglichst ohne weiterreichende Folgen bleibt.

2. Anpassung der Schwarzarbeitsschwerpunkte (§ 2a SchwarzArbG, § 28a SGB IV)

Die in § 2a Abs. 1 SchwarzArbG und § 28a Abs. 4 SGB IV aufgelisteten Schwarzarbeitsschwerpunktbranchen sollen dahingehend geändert werden, dass Friseursalons in den Branchenkatalog aufgenommen werden und die seit 2009 dort enthaltene Branche der Forstwirtschaft gestrichen wird. In § 2a SchwarzArbG ist die Mitführungs- und Vorlagepflicht von Ausweispapieren für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in bestimmten Wirtschaftsbereichen oder Wirtschaftszweigen geregelt. Eine Ausweismitführungspflicht soll die Prüfungen der FKS nunmehr auch in Friseursalons erleichtern und beschleunigen und zugleich den Kontrolldruck und das Entdeckungsrisiko für Betriebe mit illegalen Geschäftsmethoden steigern. Die beabsichtigte Änderung des wortgleichen Katalogs der sofortmeldepflichtigen Wirtschaftsbereiche und Wirtschaftszweige in § 28a Abs. 4 SGB IV RefE stellt eine Folgeänderung zur geplanten Änderung des § 2a Abs. 1 SchwarzArbG RefE dar (vgl. S. 124 f. RefE). Nach den Erkenntnissen der FKS in den letzten Jahren soll die Forstwirtschaft keine besondere Risikobranche mehr darstellen, während es sich bei Friseursalons inzwischen um eine von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung besonders betroffene Branche handeln soll (vgl. S. 69 f., 124 f. RefE). Diese im Referentenentwurf angesprochene „One in, one out“-Regelung ist insofern zu begrüßen, als sie eine weitere Ausweitung des Branchenkatalogs verhindert. Sie führt sicherlich auch zu einer Entlastung der Bürokratie und der beteiligten Personen in der Forstwirtschaft (S. 70, 125 RefE). Doch stellt sich generell die Frage, ob der enumerative Katalog in § 2a Abs. 1 SchwarzArbG und § 28a Abs. 4 SGB IV, der mit einer Stigmatisierung aller in diesen Branchen tätigen – auch redlichen – Arbeitgeber bzw. Unternehmen verbunden ist, grundsätzlich erforderlich und angemessen ist.

3. Bürokratiearme und digitale Prüfungen (§§ 3-6 SchwarzArbG, § 9 PStTG)

Als dritte Säule des Referentenentwurfs wird die Einführung einer ausdrücklich bürokratiearmen und digitalen Prüfung nach dem SchwarzArbG benannt. Zu diesem Zweck soll der bekannte Katalog von Prüfungsmaßnahmen um Möglichkeiten für eine wirtschaftsfreundliche, ortsflexible und stärker digitale Prüfungen der FKS erweitert werden. Ein breites Angebot an elektronischen Übermittlungswegen soll es der FKS überdies ermöglichen, sich als „moderne Prüfbehörde und Partner der Wirtschaft zu präsentieren“ (S. 39 RefE). Durch die verstärkte Nutzung von digitalen anstelle von analogen Prüfungsinstrumenten sollen zudem sowohl Wirtschaft als auch Verwaltung entlastet werden (S. 39 RefE). Durch die Erweiterung von Eingriffsbefugnissen soll die FKS zukünftig im Bereich der Identitätsprüfung nicht mehr auf die Zusammenarbeitsbehörden angewiesen sein, sondern derartige Maßnahmen weniger eingriffsintensiv für die überprüften Personen und damit auch verhältnismäßig selbstständig durchführen können (S. 3 RefE).

Die im Referentenentwurf vorgesehenen und in der Begründung stark hervorgehobenen Gesetzesänderungen mit dem Ziel einer zunehmenden Digitalisierung der Prüfung (entsprechende Ermächtigungsgrundlagen finden sich insbesondere in § 3 Abs. 1a, § 4 Abs. 1b, § 5 Abs. 2a und § 5a SchwarzArbG RefE) sind dem Grunde nach zu begrüßen. Neben den vorgenannten Gesetzesänderungen sind in den §§ 3 bis 6 SchwarzArbG RefE allerdings noch zahlreiche weitere Änderungen vorgesehen, die sich nicht auf die Ermöglichung einer Identitätsfeststellung im Rahmen der Personenprüfung nach § 3 SchwarzArbG beschränken. Die wesentlichen Änderungen sollen im Folgenden kurz wiedergegeben werden:

- In § 3 Abs. 1 SchwarzArbG RefE (ebenso in § 4 Abs. 1 SchwarzArbG RefE) sieht der Referentenentwurf zunächst einen „klarstellenden“ Hinweis dahingehend vor, dass die Betretung von Geschäftsräumen und Grundstücken von Arbeitgebern, Auftraggebern von Dienst- oder Werkleistungen, Entleihern sowie Selbstständigen (jetzt legaldefiniert als Prüfbeteiligte) in zulässigerweise auch „unangekündigt“ erfolgen kann. Begründet wird dies damit, dass die Prüfung der FKS den Charakter einer Nachschau habe. Erklärtes Ziel ist es dabei ausdrücklich, durch die unangekündigten Vor-Ort-Prüfungen „Unregelmäßigkeiten aufzudecken“ (S. 71, 75 RefE).

- Überdies soll die FKS im Rahmen der Personenprüfung gem. § 3 Abs. 3 SchwarzArbG RefE künftig befugt sein, die Echtheit ausgehändigter Ausweispapiere sowie die Identität des Inhabers der Ausweispapiere in eigener Zuständigkeit zu überprüfen und diese hierzu auf dem Ausweisdokument gespeicherten Daten auszulesen, zu erheben und mit den bei der FKS und im Polizeiverbund gespeicherten Daten abzugleichen. Lässt sich die Identität der jeweiligen Person nicht zweifelsfrei feststellen oder ist dies nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, sieht § 3 Abs. 3a SchwarzArbG RefE vor, dass die FKS in diesen Fällen auch selbst dazu befugt sein soll, die für einen Abgleich mit der Datenbank erforderlichen biometrischen Daten aufzunehmen. Beides sei für die Erfüllung der Aufgaben nach § 2 SchwarzArbG – insbesondere im Bereich der Organisierten Kriminalität – unerlässlich (S. 72 f. RefE).
- Für den Bereich der Prüfung von Unterlagen und Daten sieht § 4 Abs. 1 SchwarzArbG RefE nunmehr vor, dass die Einsichtnahme in Unterlagen und Daten, die für prüfungsrelevant gehalten werden, unabhängig von deren Format, Aufbewahrung und Speicherung erfolgen darf. Zudem ermöglicht es § 4 Abs. 1 SchwarzArbG RefE Unterlagen und Daten in Kopie mitzunehmen und die Prüfung an der Amtsstelle fortzusetzen (S. 75 RefE).
- Die in § 5 SchwarzArbG RefE vorgesehenen Änderungen erschöpfen sich im Wesentlichen in einer Anpassung der Duldungs- und Mitwirkungspflichten, die aufgrund der vorstehend beschriebenen Befugnisweiterung erforderlich sind. Eine entsprechende Anpassung ist auch hinsichtlich der Bußgeldbewährung etwaiger Verstöße gegen diese Mitwirkungspflichten vorgesehen (vgl. § 8 Abs. 2 SchwarzArbG RefE).

Der Referentenentwurf sieht – unter dem Banner einer „bürokratieärmeren und digitalen“ sowie „wirtschaftsfreundlicheren“ Prüfung – daher tatsächlich auch hier eine nochmalige Ausweitung der Eingriffsbefugnisse der FKS vor. Diese unterscheiden sich bei einer Vor-Ort-Prüfung hiernach kaum noch von einer Durchsuchung, ohne dass das SchwarzArbG hieran annähernd vergleichbare Anforderungen wie im Strafverfahren stellt. Das Prüfungsverfahren nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG rückt zudem durch weitere der vorgesehenen Maßnahmen, wie die „risikobasierte“ Auswahl von Prüffällen und die Absenkung von Strafbarkeits- und Bußgeldschwelle (hierzu unter 4.) noch näher an das straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtliche Ermittlungsverfahren heran, als dies ohnehin schon heute der Fall ist (siehe hierzu bereits S. 4 f.). Eingedenk der niedrigen Anforderungen, welche die Rechtsprechung an die Bejahung eines Anfangsverdachts stellt, wird es zukünftig daher kaum noch Fälle geben, in denen sich der Prüfbeteiligte nicht auf sein Auskunftsverweigerungsrecht aus § 5 Abs. 1 S. 3 SchwarzArbG berufen kann. Eine Belehrungspflicht der Zollbeamten wird jedoch zum Teil verneint und unterbleibt in der Praxis auch häufig (Ambs/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 252. EL Juni 2024, § 5 SchwarzArbG Rn. 5b). Es ist daher in keiner Weise verständlich, dass der vorliegende Referentenentwurf auf eine ausdrückliche Belehrungspflicht über dieses Auskunftsverweigerungsrecht der Prüfbeteiligten verzichtet. Aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedarf es daher einer Belehrungspflicht dringender denn je. Aufgrund der veränderten Ausgangslage bei „risikobasierten“ Prüfungen ist ansonsten damit zu rechnen, dass bei einem Unterbleiben von Belehrungen selbst „einfach gelagerte“ Sachverhalte, welche zukünftig selbstständig durch die FKS bearbeitet werden sollen, mit prozessualen Fragestellungen zur Verwertbarkeit der im Rahmen einer Prüfung nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG gewonnenen Erkenntnissen aufgeladen werden. Für den Umgang hiermit fehlt es auf Ebene der Straf- und Bußgeldstellen von Verwaltungsbehörden allerdings regelmäßig an Expertise, was wiederum in einer Abgabe der Verfahren an die Staatsanwaltschaften münden wird. Eine echte Entlastung der Staatsanwaltschaften würde mithin nicht erreicht.

4. Schlagkräftige Kriminalitätsbekämpfung (u. a. §§ 8, 9, 11, 14, 15 SchwarzArbG, §§ 29 ff. BKAG)

Nach den Ausführungen des Referentenentwurfs soll die FKS in Zukunft auf Augenhöhe mit den anderen Ermittlungsbehörden wie Polizei, Zoll- und Steuerfahndung agieren können, indem sie am polizeilichen Informationsverbund teilnimmt. Außerdem möchte der Entwurf die Handhabbarkeit und

Praxisrelevanz der Straf- und Bußgeldtatbestände im Bereich der Schwarzarbeitsbekämpfung verbessern. Dies hat zu zahlreichen sowie teils auch unübersichtlichen Gesetzesänderungen geführt, wobei nachfolgend auf die wichtigsten Änderungen eingegangen wird:

4.1. Zu § 8 SchwarzArbG

Der Referentenentwurf sieht unter anderem in § 8 SchwarzArbG vor, den subjektiven Tatbestand des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG um die fahrlässige Begehungsweise einer in § 266a Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB bezeichneten Handlung zu erweitern. Dies wird damit begründet, dass die Ausweitung des Tatbestandes im Hinblick auf den bereits hohen Unrechtsgehalt der fahrlässigen Beitragsvorenthaltung zwingend erforderlich sei. Denn es handele sich um eine der wesentlichen und allgemein hinreichend bekannten Hauptpflichten des Arbeitgebers, seine Angestellten zur Sozialversicherung anzumelden und die entsprechenden Beiträge abzuführen. Deshalb soll es nicht folgenlos bleiben, wenn sich der Arbeitgeber hier auf Unkenntnis beruft. Mit der Erweiterung um die fahrlässige Begehungsweise verfolgt der Referentenentwurf einen generalpräventiven Zweck, indem zukünftig die üblichen Fälle der Schwarzarbeit durch Beitragsvorenthaltung nicht mehr als Kavaliersdelikt betrachtet würden (vgl. hierzu S. 84 f. RefE).

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG kann diese Begründung nicht überzeugen. Dieser Absatz wurde mit der Gesetzesänderung vom 11.07.2019 (BGBl. I, S. 1066) in § 8 SchwarzArbG eingefügt, um den Straftatbestand des (vorsätzlichen) Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) zu ergänzen. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte in Fallkonstellationen, in denen ein vorsätzliches Handeln nicht feststellbar war, „nur“ in Bezug auf die Lohnsteuer eine Bebußung als leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO erfolgen. Hingegen fiel das lediglich leichtfertige Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen unter keinen entsprechenden bußgeldrechtlichen Auffangtatbestand. Diese Lücke bei der Sanktionierung der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen hat der Gesetzgeber dadurch geschlossen, dass nunmehr gemäß § 8 Abs. 3 SchwarzArbG auch die Begehungsform der Leichtfertigkeit als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Davon sollen vor allem solche Fallgestaltungen erfasst werden, in denen eine Strafbarkeit nach § 266a StGB wegen der Nichtnachweisbarkeit des Vorsatzes oder wegen des Vorliegens eines vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht gegeben ist (vgl. im Einzelnen BT-Drucks. 19/8691, S. 54). Nachdem mit § 8 Abs. 3 SchwarzArbG erst kürzlich diese Strafbarkeitslücke geschlossen wurde, bleibt unklar, aus welchen Gründen nunmehr eine weitere Verschärfung erforderlich sein soll.

Außerdem heißt es in der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 2019 ausdrücklich, dass die Bußgeldnorm des leichtfertigen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach Abs. 3 an die leichtfertige Steuerverkürzung nach § 378 AO angelehnt ist (vgl. BT-Drucks. 19/8691, S. 54). Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, warum im Referentenentwurf der subjektive Tatbestand des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG mit der Neuregelung um die fahrlässige Begehungsweise „an die sonst im Bußgeldrecht übliche Anforderung an die subjektive Tatseite angeglichen (vgl. bspw. Fahrlässigkeit bei Mindestlohnverstößen nach § 21 Abs. 1 Nr. 11 MiLoG)“ werden soll (S. 84 RefE), jedoch die ursprüngliche Parallelität zum Bußgeldtatbestand des § 378 AO nicht mehr angesprochen wird.

Hinzu kommt, dass ausschließlich das Tatbestandsmerkmal der „Leichtfertigkeit“ zu sachgerechten Ergebnissen führt. Von einem leichtfertigen Handeln spricht man, wenn aufgrund der objektiven Umstände des Einzelfalls und der individuellen Fähigkeiten des Täters von einem besonders hohen Grad der Fahrlässigkeit, der etwa der groben Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht entspricht, auszugehen ist; dabei muss der Täter also außer Acht lassen, was jedem (anderen) einleuchten muss (vgl. zu dieser Definition *Rettenmaier/Reichling* NJW 2020, 2147, 2149 m.w.N.). Es erschließt sich nicht, warum nach dem Referentenentwurf mit der fahrlässigen Begehungsweise nun geringere Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG gestellt werden sollen.

Denn die Frage, ob eine Person nun Arbeitgeber ist oder nicht und damit überhaupt Täter des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG (bzw. § 266a StGB) sein kann, gehört zu den umstrittensten Problemen, die das Arbeitsstrafrecht zu bieten hat.

Zuletzt verwundert es, dass die beabsichtigte Änderung des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG im Begründungsteil des Referentenentwurfs auf den Seiten 84 f. ausführlich unter der Überschrift „Zu Buchstabe b (§ 8 Absatz 3)“ dargestellt wird, jedoch beim Entwurf des Gesetzestextes unberücksichtigt bleibt. Dort geht es auf S. 14 unter „a)“ zunächst um die Änderungen zu § 8 Abs. 2 SchwarzArbG und dann unter „b)“ um die Aufhebung des § 8 Abs. 5 SchwarzArbG.

4.2. Zu § 9 SchwarzArbG RefE

Der Referentenentwurf beabsichtigt als weitere wesentliche Änderung die Streichung des § 8 Abs. 5 SchwarzArbG, der in dem neuen Straftatbestand des § 9 SchwarzArbG RefE aufgehen soll. Die Bußgeldtatbestände des § 8 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 SchwarzArbG (Ausstellen und Inverkehrbringen von unrichtigen Belegen) sollen unverändert bleiben, unter den Voraussetzungen des bisherigen § 8 Abs. 5 SchwarzArbG jedoch durch den neuen § 9 SchwarzArbG RefE zu einer Straftat hochgestuft werden. Für diesen ist folgender Wortlaut vorgesehen:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in § 8 Absatz 4 bezeichnete Handlung begeht und gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.“

Dies wird damit begründet, dass das Herstellen von Schein- und Abdeckrechnungen die Erhebung von Steuern und Sozialabgaben in besonderem Maße gefährde und vielfach erst Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung ermögliche. Dabei sollen die erst im Jahr 2019 eingeführten Ordnungswidrigkeitentatbestände des § 8 Abs. 4 und 5 SchwarzArbG dem erhöhten Unrechtsgehalt der Taten nicht gerecht werden und insbesondere zur effektiven und nachhaltigen Bekämpfung von Kettenbetrugssachverhalten ungeeignet sein (vgl. S. 85 RefE).

Der Referentenentwurf erwähnt außerdem, dass die Nachrangigkeit der Bußgeldtatbestände gegenüber einer Strafbarkeit wegen Beihilfe gemäß § 266a StGB nach den Schilderungen der Hauptzollämter in der Praxis sehr problematisch sei und nur eine begrenzte Verfolgung und Ahndung ermögliche. Das beruhe vor allem auf der Verfolgungsverjährung der Ordnungswidrigkeiten. Die vorrangigen strafrechtlichen Ermittlungen seien aufgrund der zahlreichen Rechnungsverwender oft sehr langwierig und komplex. Meist sei eine Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach Abschluss des Strafverfahrens, aber vor Ablauf der Verjährungsfrist, nicht mehr möglich. Die Ermittlungsarbeit werde auch dadurch erschwert, dass die Gründung von Scheinfirmen EU-weit erfolge und diese nach kurzer Zeit wieder liquidiert und anschließend durch neue Servicefirmen ersetzt würden. Die Erstellung von Schein- und Abdeckrechnungen weise einen erheblichen, eigenen Unrechtsgehalt auf, der sich nicht in einer bloßen Vorbereitungshandlung erschöpfe. Deshalb sei es zwingend erforderlich, die Bußgeldtatbestände als Gefährdungstatbestand auszugestalten, um den ursprüngliche beabsichtigten Gesetzeszweck zu erreichen (vgl. S. 86 RefE).

Des Weiteren werden Probleme bei der Vermögensabschöpfung angesprochen, die darauf beruhen sollen, dass Auskünfte aus dem automatisierten Kontenabrufverfahren bei der BaFin gem. § 24c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG nur bei der Verfolgung von Straftaten erteilt würden. Deshalb ergebe sich durch die Schaffung eines Straftatbestandes und die damit verbundenen besseren Abschöpfungsmöglichkeiten „ein effektiver Mehrwert“ (siehe S. 86 RefE).

Der Referentenentwurf weist bei der Darstellung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 9 SchwarzArbG RefE insbesondere darauf hin, dass das Tatbestandsmerkmal „Herstellen“ bereits mit

dem Anfertigen des tatbestandsmäßigen Beleges erfüllt sei, während das im („bisherigen“) § 8 Abs. 4 SchwarzArbG genannte Tatbestandsmerkmal „Ausstellen“ auch voraussetze, dass die Belege in den Verfügungsbereich desjenigen gelangen, für den sie bestimmt sind (vgl. S. 87 RefE).

Abschließend wird klargestellt, dass es sich bei § 9 SchwarzArbG RefE um einen Gefährdungstatbestand handle, der das zuvor als Beihilfehandlung zum § 266a StGB strafbare Handeln gezielt von der Haupttat des § 266a StGB entkoppeln und die getrennte Verfolgung der Straftatbestände ermöglichen solle (vgl. S. 87 RefE).

Wie eingangs bereits erwähnt, lehnt die BRAK die Schaffung eines weiteren Straftatbestandes ab. Der neue Straftatbestand soll an die Stelle des alten § 9 SchwarzArbG eingefügt werden, nachdem dieser durch das Gesetz zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung vom 06.03.2017 (BGBl. I 2017, S. 399) weggefallen ist. Auf den ersten Blick könnte der Eindruck entstehen, dass man hier eine zufällig im Gesetz entstandene „Lücke“ füllen möchte, obwohl keine Notwendigkeit dafür besteht.

Der Umstand, dass das Erstellen von Schein- und Abdeckrechnungen „einen erheblichen, eigenen Unrechtsgehalt“ (S. 86 RefE) aufweist, hat den Gesetzgeber im Jahr 2019 nicht dazu veranlasst, unmittelbar einen entsprechenden Straftatbestand zu schaffen. Stattdessen wurden „nur“ die Bußgeldtatbestände nach § 8 Abs. 4 und 5 SchwarzArbG eingefügt. Im Hinblick auf die Subsidiarität des Rechtsgüterschutzes ist der Gesetzgeber aber auch verpflichtet, lediglich eine Ordnungswidrigkeit zu statuieren, wenn eine solche zur Sicherung des von ihm verfolgten Zwecks ausreicht (*Roxin/Greco* StrafR AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 99). Es ist nicht nachvollziehbar, warum sich die Bewertung des Unrechtsgehalts solcher Taten seit der letzten Gesetzesänderung nun in einem völlig anderen Licht darstellen soll. In dieser kurzen Zeit wird sich die Vorgehensweise von professionell organisierten Servicefirmen, die mit Schein- und Abdeckrechnungen handeln, nicht wesentlich verändert haben.

Es liegt also nahe, dass der Referentenentwurf in erster Linie pragmatische Ziele verfolgt, nämlich insbesondere die Ermittlungsarbeit zu erleichtern, die Probleme im Zusammenhang mit der Verfolgungsverjährung bei Ordnungswidrigkeiten zu umgehen und die Abschöpfungsmöglichkeiten zu verbessern. Dabei ist es dogmatisch sehr bedenklich, eine Beihilfehandlung von der Haupttat des § 266a StGB zu „entkoppeln“ und in einen Gefährdungstatbestand umzugestalten. Dies ist mit einer sehr weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld des Versuchs verbunden, obwohl § 266a StGB selbst gar keine Versuchsstrafbarkeit vorsieht. Es stellt sich zudem die Frage, welches Rechtsgut hier geschützt werden soll. Das Tatbestandsmerkmal des „Herstellens“ im Sinne des § 9 SchwarzArbG RefE soll bereits erfüllt sein, wenn die tatbestandsmäßigen Belege angefertigt wurden. Das bedeutet, dass schon solche Belege von § 9 SchwarzArbG RefE erfasst werden, die bei einer Durchsuchung gefunden werden, ohne dass sie zuvor verwendet oder übergeben wurden (vgl. zu diesem Beispiel S. 87 RefE). Allerdings stellt die Erleichterung der Strafverfolgung und dabei insbesondere die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten keinen aner kennenswerten Grund dar, ein Rechtsgut zu postulieren; die inkriminierte Tätigkeit, also hier das „Herstellen“, müsste eigenständiges Unrecht darstellen (vgl. im Einzelnen hierzu *Roxin/Greco* StrafR AT I § 2 Rn. 49g ff.). Das ist aber im Gegensatz zum Tatbestandsmerkmal „Ausstellen“, welches zumindest verlangt, dass die Belege auch in den Verfügungsbereich desjenigen gelangen, für den sie bestimmt sind, zu bezweifeln.

Missverständlich erscheint, dass das Tatbestandsmerkmal „Herstellen“ nicht ausdrücklich in § 9 SchwarzArbG RefE genannt wird, obwohl ihm eine so zentrale Bedeutung zukommen soll. Es irritiert zudem, dass im Zusammenhang mit dem neuen Tatbestandsmerkmal an einer Stelle „vom Tatbestand des § 9 Absatz 1 Nummer 1“ die Rede ist, obwohl dieser nur einen Absatz hat und nicht in Nummern unterteilt ist (vgl. S. 15 RefE). Das Tatbestandsmerkmal „Herstellen“ findet sich aber auch nicht in § 8 Abs. 4 SchwarzArbG wieder, auf den § 9 SchwarzArbG RefE verweist. An dieser Stelle verwundert es,

dass auf S. 87 vom „bisherigen § 8 Absatz 4 SchwarzArbG“ gesprochen wird. Da dieser aber tatsächlich unverändert geblieben ist (vgl. S. 14 RefE), heißt es dort in Nr. 1 noch: „Ordnungswidrig handelt, wer einen Beleg ausstellt [...]“. Bedauerlicherweise weist der Referentenentwurf an verschiedenen Stellen inhaltliche bzw. redaktionelle Fehler auf. Das erweckt den Eindruck, dass er unter zu großem Zeitdruck verfasst wurde.

4.3. Zu § 14 SchwarzArbG

In § 14 SchwarzArbG („Ermittlungsbefugnisse“) sollen die Abs. 4 bis 6 angefügt werden. Daraus ergibt sich, dass die Behörden der Zollverwaltung in Zukunft am polizeilichen Informationsverbund nach § 29 BKAG teilnehmen sollen (§ 14 Abs. 4 S. 1 SchwarzArbG RefE). Hierfür sollen sie nach Abs. 4 S. 2 dem Bundeskriminalamt die zur Erfüllung seiner Aufgaben als Zentralstelle für den polizeilichen Informationsverbund gemäß § 2 Abs. 3 BKAG erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten übermitteln. Die Verarbeitung personenbezogener Daten und die Rechte der Betroffenen im polizeilichen Informationsverbund soll sich gemäß Abs. 4 S. 3 nach den Vorschriften des BKAG richten. Durch die Eingrenzung in § 32 Abs. 3 S. 2 BKAG RefE soll die Datenübermittlung der FKS nach Abs. 4 auf die Wahrnehmung ihrer Ermittlungsbefugnisse nach § 14 SchwarzArbG, also auf Informationen aus ihren Ermittlungsverfahren, beschränkt werden (vgl. S. 31, 87 RefE). Die Übermittlung der personenbezogenen Daten soll für das Strafverfahren nach §§ 474, 477 und 481 StPO und für das Bußgeldverfahren nach § 49b OWiG i.V.m. §§ 474, 477 und 481 StPO erfolgen. Aus § 14 Abs. 5 SchwarzArbG RefE folgt, dass die Behörden der Zollverwaltung auch dem Zollkriminalamt die zur Erfüllung seiner Aufgabe als Zentralstelle gemäß § 3 Abs. 7 Nr. 4 ZFdG erforderlichen Informationen einschließlich personenbezogener Daten übermitteln sollen. Zudem sollen sie nach § 14 Abs. 6 SchwarzArbG RefE berechtigt sein, bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse nach Abs. 1 sowie nach den §§ 10a und 12d ZollVG, Daten aus dem polizeilichen Informationsverbund im automatisierten Verfahren abzurufen.

Auch an dieser Stelle gibt es Unstimmigkeiten zwischen dem Gesetzentwurf und dem Begründungsteil: Auf S. 15 des Referentenentwurfs heißt es ausdrücklich, dass dem § 14 SchwarzArbG „die folgenden Absätze 4 bis 6 angefügt“ werden, während auf S. 87 des Entwurfs lediglich von der „Ergänzung der Absätze 4 und 5“ gesprochen wird, wobei sich die Begründung zu Abs. 5 eigentlich auf den neuen Abs. 6 bezieht. Auffällig ist, dass der Referentenentwurf nicht darauf eingeht, warum die FKS einen Zugriff auf die Daten der polizeilichen Informationssysteme benötigt. Stattdessen wird lediglich darauf verwiesen, dass die Hauptzollämter einen solchen Bedarf im Rahmen der Evaluierung des Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11.07.2019 (BGBl. I, S. 1066) geäußert haben (vgl. S. 88 RefE). Da diese Evaluierung zurzeit noch andauert (vgl. S. 2 RefE), wäre eine Wiedergabe der von den Hauptzollämtern vorgetragenen Argumente wünschenswert gewesen. Demnach ist nicht ersichtlich, warum solche weitreichenden Zugriffsbefugnisse der FKS notwendig sein sollen. Der neu anzufügende Abs. 6 soll der FKS die Möglichkeit eröffnen, Daten aus dem polizeilichen Informationsverbund automatisiert abzurufen, während sie nach aktueller Rechtslage bei der Wahrnehmung vollzugspolizeilicher Aufgaben nach § 14 SchwarzArbG und nach §§ 10a, 12d ZollVG nur schriftlich oder telefonisch über die Lagedienste und Sprechfunkzentralen der Zollverwaltung Abfragen in den Informationssystemen INPOL und SIS durchführen können (S. 88 RefE). Es stellt sich die Frage, warum diese Maßnahmen nicht ausreichen sollten. Die FKS wäre nach dem Gesetzesentwurf in Zukunft auch berechtigt, allein für die Durchführung von Sicherungs- und Schutzmaßnahmen nach § 10a Abs. 2 Nr. 2 ZollVG einen automatisierten Datenabgleich vorzunehmen (vgl. S. 88 RefE). Die Durchführung eines solchen Datenabgleichs lässt sich mit einer präventiv polizeilichen Rasterfahndung vergleichen, die nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nur bei einer konkreten Gefahr für hochrangige Rechtsgüter zulässig ist, nicht aber als bloße Vorfeldmaßnahme genutzt werden darf.

5. Optimierung der Prozessabläufe bei der selbstständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren (§§ 14a-14c SchwarzArbG)

Wie eingangs bereits erwähnt, zählt zu den wohl problematischsten Änderungen die Kompetenzerweiterung der FKS bei der selbstständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren, welche die Staatsanwaltschaften entlasten soll. Sie soll umgesetzt werden, indem das vorgelagerte Abgabebefordernis, das als „aufwendig“ bezeichnet wird (vgl. S. 65 RefE), wegfällt und die Beteiligungsrechte der FKS erweitert werden.

Durch das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11.07.2019 (BGBl. I, S. 1066) wurde der Staatsanwaltschaft durch die neuen §§ 14a-14c SchwarzArbG ermöglicht, in tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fällen, in denen es sich um eine Straftat nach § 266a StGB handelt, die Ermittlungen im Rahmen ihrer Sachleitungsbefugnis an die Behörden der Zollverwaltung abzugeben. Dies wurde damals mit der besonderen Sachkunde der FKS im Arbeits- und Sozialrecht sowie einer Entlastung der Staatsanwaltschaften begründet. Durch § 14a Abs. 2 SchwarzArbG wird die Abgabebefugnis begrenzt, beispielsweise wenn eine Maßnahme beantragt oder angeordnet werden soll, die dem Richtervorbehalt unterfällt (§§ 99, 102-104, 100a, 112 StPO) oder die Strafsache besondere Schwierigkeiten aufweist. Die Staatsanwaltschaft hat auch das Recht, das Verfahren jederzeit wieder an sich zu ziehen (§ 14a Abs. 4 SchwarzArbG). Die Behörden der Zollverwaltung sind darüber hinaus nach § 14b Abs. 3 SchwarzArbG befugt, einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls zu stellen. In § 14c SchwarzArbG finden sich noch Regelungen zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit. Der Referentenentwurf beabsichtigt nun verschiedene Änderungen an den §§ 14a-14c SchwarzArbG, weil die praktische Umsetzung der Regelungen durch Staatsanwaltschaften und FKS nicht zu der gewünschten Entlastung geführt habe (S. 88 RefE). Es soll vonseiten der Justiz kritisiert worden sein, dass in jedem Einzelfall durch die Staatsanwaltschaft eine mögliche Abgabe an die FKS nach § 14a SchwarzArbG geprüft werden und sie sich mit Blick auf § 14b Abs. 3 SchwarzArbG stets mit einem von der FKS vorgelegten Strafbefehl befassen müsse. Außerdem scheitere eine Abgabe an die FKS oft an der Ausschließlichkeit des § 266a StGB, weil eine Strafverfolgung ausgeschlossen sei, wenn noch weitere Verstöße, insbesondere Hinterziehung von Lohnsteuer, vorliegen. Problematisch sei auch in Kleinfällen der Ausschlussgrund nach § 14a Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG, wenn also z.B. eine Durchsuchung beantragt worden sei. Außerdem fehle eine dem § 407 Abs. 1 AO vergleichbare Regelung hinsichtlich der Beteiligung der Zollbediensteten an der Hauptverhandlung (vgl. im Einzelnen S. 89 RefE).

Aus diesen Gründen soll § 14a SchwarzArbG ausweislich des vorliegenden Referentenentwurfs unter anderem dahingehend geändert werden, dass eine Abgabe an die FKS vonseiten der Staatsanwaltschaft nicht mehr notwendig ist (Neufassung des Abs. 1 S. 1) und auch Maßnahmen nach den §§ 99, 102, 103 oder 104 StPO beim zuständigen Amtsgericht eigenständig beantragt werden können (Streichung von Abs. 2 S. 2 Nr. 1). In Zukunft soll es für die selbstständige Ermittlungsdurchführung ausreichen, dass die Tat eine der in § 14a Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG RefE genannten Straftaten darstellt. Das Ausschließlichkeitserfordernis soll also wegfallen, so dass auch tateinheitlich mitverwirklichte Delikte durch die Hauptzollämter bearbeitet werden können, was insbesondere Straftaten nach § 266a StGB und § 370 AO betreffe. In § 14b Abs. 3 SchwarzArbG RefE sollen die Wörter „über die Staatsanwaltschaft“ gestrichen werden, da durch den Wegfall des Abgabebefordernisses die Ahndungssachgebiete der Hauptzollämter den Strafbefehl zukünftig unmittelbar beim zuständigen Gericht beantragen können sollen. Mit dem neuen § 14b Abs. 6 SchwarzArbG RefE sollen die Bediensteten der FKS verschiedene Beteiligungsrechte im gerichtlichen Verfahren erhalten, um ihre Fachexpertise und Aktenkenntnis einbringen zu können. Das würde bedeuten, dass sie z.B. in der Hauptverhandlung auf Verlangen das Wort erhielten oder Fragen an Angeklagte, Zeugen und Sachverständige richten dürften. In § 14c SchwarzArbG RefE würden aufgrund der Aufhebung des Abgabebefordernisses die Zuständigkeitsregelungen angepasst (vgl. S. 89 ff. RefE).

Auch an dieser Stelle beruft der Referentenentwurf sich auf Ergebnisse der Evaluierung des Gesetzes gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch (vgl. S. 88 RefE), obwohl der Evaluierungsprozess noch nicht abgeschlossen und somit nicht einsehbar ist. Sollten die Rückmeldungen aus der Justizverwaltung aber tatsächlich schon bestätigt haben, dass die erwünschte Entlastung der Staatsanwaltschaft durch die Schaffung der §§ 14a bis 14c SchwarzArbG nicht eingetreten ist, muss hinterfragt werden, warum eine solche unter allen Umständen zulasten des Rechtsstaates erreicht werden muss. Es ist höchst bedenklich, dass die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ zunehmend aus ihrem in der StPO und in den §§ 141 ff. GVG geregelten Aufgaben- und Verantwortungsbereich verdrängt wird. Das betrifft beispielsweise die vorgesehene eigenständige Beantragung von Maßnahmen nach den §§ 99, 102, 103 oder 104 StPO durch die FKS aufgrund der in § 14a Abs. 2 SchwarzArbG RefE geplanten Streichung der Nr. 1. Damit wäre ein Eingriff in ureigene Aufgaben der Staatsanwaltschaft verbunden. Gleiches gilt für die in § 14b Abs. 6 SchwarzArbG RefE vorgesehenen Beteiligungsrechte der FKS, wie zum Beispiel das Recht, Fragen an Angeklagte, Zeugen und Sachverständige zu stellen. Auch der Wegfall des Ausschließlichkeitserfordernisses in § 14a Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG RefE erscheint problematisch, denn gerade im Bereich des Arbeitsstrafrechts sind immer wieder schwierige und komplexe Sachverhalte zu bewerten, so dass die Prüfung tateinheitlich mitverwirklichte Delikte der Staatsanwaltschaft vorbehalten bleiben sollte. Dass die Staatsanwaltschaft überlastet ist, kann nicht die ständige Kompetenzerweiterung der FKS rechtfertigen. Diese Vorgehensweise des Gesetzgebers wird der Bedeutung der Staatsanwaltschaft, die ein wichtiges und eigenständiges Element der rechtsstaatlichen Strafrechtspflege darstellt, nicht gerecht. Der Gesetzgeber ist vielmehr verpflichtet, insbesondere die finanziellen und personellen Ressourcen der Staatsanwaltschaft aufzustocken, um ihrer Überlastung entgegenzuwirken. Im Hinblick darauf ist nicht nachvollziehbar, dass die FKS durch die beabsichtigten Gesetzesänderungen noch weitreichendere Ermittlungsbefugnisse erhalten und zudem durch den Wegfall des vorgelagerten Abgabepflichterfordernisses in § 14a Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG RefE in verstärktem Maße die Rolle einer Anklagebehörde bzw. einer „Hilfsstaatsanwaltschaft“ einnehmen soll. Damit untergräbt der Gesetzgeber das „Anklagemonopol“ der Staatsanwaltschaft. Mit der Einfügung der §§ 14a bis 14c SchwarzArbG sollte aber die allgemeine Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft ausdrücklich nicht berührt werden (vgl. BT-Drucks. 19/8691, S. 57).

6. Treffsicherheit des Sozialstaates erhöhen durch selbstständige Ahndung des Sozialleistungsbetruges durch die FKS (§ 14a SchwarzArbG)

Für § 14a SchwarzArbG sieht der Referentenentwurf in Abs. 1 S. 1 eine weitere wesentliche Änderung vor: Die FKS soll die Ermittlungsverfahren bei den massenhaft auftretenden einfach gelagerten Fällen des Sozialleistungsbetrugs im Zusammenhang mit der Erbringung von Dienst- und Werkleistungen selbstständig durchführen (vgl. S. 15, 90 RefE). Die Rechtslage sieht eine solche selbstständige Durchführung von Ermittlungsverfahren gegenwärtig nur vor, wenn die Tat ausschließlich eine Straftat nach § 266a StGB darstellt. Dass nun auch § 263 StGB in den Zuständigkeitsbereich der FKS fallen soll, wird mit ihrer besonderen Sachkunde, der Stärkung ihrer Eigenverantwortung und der Überlastung der Landesjustizbehörden begründet (vgl. im Einzelnen S. 52 RefE). Hinzu komme, dass die FKS aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Prüfungsgegenstand in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG sowieso mit der Ermittlung von Sozialleistungsbetrug zu Lasten des Leistungsträgers befasst sei (vgl. im Einzelnen S. 90 f. RefE). Dass die FKS nun auch Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit dem Sozialleistungsbetrug selbstständig führen soll, widerspricht der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, dass es sich „bei dieser Regelung um einen eng begrenzten Sonderfall“ handelt (BT-Drucks. 19/8691, S. 57). Berücksichtigt man zudem, dass nach dem Referentenentwurf neben der Einfügung des § 263 StGB in § 14a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SchwarzArbG RefE zugleich das Ausschließlichkeitserfordernis in Abs. 1 S. 1 wegfallen soll und somit auch tateinheitlich mitverwirklichte Straftatbestände durch die Hauptzollämter bearbeitet werden dürften, wird häufig nicht mehr von „tatsächlich oder rechtlich einfach gelagerten Sachverhalten“ auszugehen sein, für die allein

aber das selbstständige Ermittlungsverfahren nach §§ 14a bis 14c SchwarzArbG geeignet erscheint (BT-Drucks. 19/8691, S. 57).

III.

Insgesamt möchte die Bundesrechtsanwaltskammer davon abraten, den bereits mit dem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11.07.2019 eingeschlagenen Weg, die FKS zu einer zentralen Prüfungs- und Ermittlungsbehörde fortzuentwickeln, weiter fortzusetzen. Insbesondere die in §§ 14a – 14c SchwarzArbG geplanten Änderungen bei der selbstständigen Durchführung von Ermittlungsverfahren durch die FKS würden das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft weiter aushöhlen. Zudem werden die eigentlichen Ursachen der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung durch die Schaffung neuer Bußgeld- und Straftatbestände nicht wirklich bekämpft, was bereits die zahlreichen Gesetzesänderungen in den letzten Jahren gezeigt haben. Entgegen der unauffälligen und auch positiven Formulierung des Titels „Gesetz zur Modernisierung und Digitalisierung der Schwarzarbeitsbekämpfung“ werden in der Sache rechtsstaatlich bedenkliche und nicht zu rechtfertigende Gesetzesänderungsvorschläge unterbreitet, die abzulehnen sind.